Inwieweit

ist eine dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechts in Ansehung eines Grundstücks möglich?

—•••—

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock vorgelegt

von

ERICH HERFORT

Referendar aus Breslau.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Rostock ○ Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H. ○ 1904.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Bernhöft, „Kauf, Miete und verwandte Verträge“ in Heft 12 der „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzbuchs“ von Becker und Fischer.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. Jena 1901. — Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Boehm, Das Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Burdorff, Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts und Wiederkaufsrechts im Bürgerl. Gesetzbuch geändert gegenüber dem gemeinen Recht? Dissertation Erlangen. Altona 1902.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts, I. Bd. 4. Aufl. 1903, II. Bd. 1. und 2. Auf. 1900.

Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. — Das Bürgerl. Recht, 1. und 2. Aufl.

Eccius, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs, Bd. I, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I. Bd. 8. Aufl. 1903, II. Bd. 7. Aufl. 1900.

Eneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht, Marburg 1900.

Fischer-Henle, Handausgabe zum Bürgerl. Gesetzbuch, 5. Auflage 1902.

Fuchs, Grundbuchrecht (Kommentar) Bd. I, Berlin 1902.

Gareis, Der allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Hahn, Der Wiederkauf. Dissertation Marburg. Magdeburg 1902.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B., München 1900.

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. 1902.

Leske, Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des preussischen A. L. R. Berlin 1900.

Maenner, Das Recht der Grundstücke nach dem B. G. B. und der G. B. O. für das Deutsche Reich. München 1899.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preussischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht. Breslau 1902.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I (1898), Bd. II (1900), Bd. III (1902).

Priester, „Die alte und die neue Vormerkung" im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 22.

Reichel, „Die Vormerkung im Deutschen Bürgerl. Gesetzbuch" in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerl. Rechts, Bd. 46 (II. Folge Bd. 10).

Scherer, Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse). Erlangen 1899

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Schütze, Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf. Dissertation. Rostock 1899.

Siebert, Das Wiederkaufsrecht nach dem gemeinen Recht und dem Bürgerl. Gesetzbuch. Dissertation. Leipzig 1902.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen. 1. Aufl. (Paderborn 1900) und 2. Aufl. (Paderborn 1902).

Wangemann, Die rechtliche Natur des Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts. Dissertation Rostock. Charlottenburg 1900.

Wangenheim, Das Wiederkaufsrecht. Dissertation. Göttingen 1899.

Weigelt, Vormerkuug und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht. Dissertation. Breslau 1901.

Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, 8. Aufl.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Johow Ring), Bd. 21 N. F. II.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Dritte Folge, Bd. V.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. Bd. 2 und 3 (Guttentag 1888).

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. II und III (Guttentag 1898. 1899).

Inhaltsangabe.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der § 883 des B. G. B. und seine Bedeutung für die vorliegende Frage 2
§ 3. Stimmen aus neuerer Zeit und Stellung der Literatur zu der vorliegenden Frage im allgemeinen 4
§ 4. Die Vertreter der Anschauung, wonach nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht der dinglichen Sicherung fähig ist, und ihre Gründe 5
§ 5. Juristische Konstruktion des Wiederkaufsrechts . . . 9
§ 6. Besteht vor Ausübung des Wiederkaufsrechts ein bedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung? . . 18
§ 7. Begründet der Wiederkaufsvorbehalt für beide Vertragsgegner oder nur für den einen Teil Verpflichtungen? 23
§ 8. Darf man aus der Beibehaltung des dinglichen Verkaufsrechts als einer besonderen Form der Grundstücksbelastung auf die Unmöglichkeit einer Sicherung des Vor- und Wiederkaufsrechts im Wege der Vormerkung schliessen? 27
§ 9. Gesamtergebnis und Schlusswort 29

§ 1.

Einleitung.

Während das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl ein persönliches als auch ein dingliches Vorkaufsrecht kennt, hat es dem Wiederkaufsvorbehalt, entsprechend dem römischen Recht[1]), nur persönliche Wirkung beigelegt. Die Begründung eines dinglich, d. h. gegen Dritte, wirkenden Wiederkaufsrechts an Grundstücken durch Eintragung in das Grundbuch, wie sie dem preussischen Rechte[2]) bekannt war, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus unbekannt. Lediglich den Landesgesetzen ist durch Artikel 62 E. G. B. G. B. die Möglichkeit gegeben, ein unmittelbar dinglich wirkendes Wiederkaufsrecht einzuführen, jedoch nur für Rentengüter, eine Befugnis, von der Preussen im Artikel 29 A. G. B. G. B. Gebrauch gemacht hat. Die reichsrechtliche Zulassung eines dinglichen Wiederkaufsrechts ist nicht einmal in diesem beschränkten Umfange erfolgt, wiewohl bei Beratung des zweiten

---

[1]) Vgl. insbes. l. 2 C. de pact. inter empt. et vend. 4,54.

[2]) §§ 311, 265, I, 11 A. L. R.

Entwurfs ein dahingehender Antrag gestellt worden war[1]). Damit erhebt sich von selbst die Frage, ob denn überhaupt die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dem Wiederkaufsrecht dingliche Wirkung beizulegen, eine Frage, die dadurch an Bedeutung gewinnt, dass eine bedingte Auflassung nach § 925 Abs. 2 des B. G. B. unwirksam ist.

§ 2.

Die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der § 883 B. G. B. und seine Bedeutung für die vorliegende Frage.

Aus den Paragraphen 497 bis 503 des B. G. B., welche die Materie des Wiederkaufs regeln, ist für die Beantwortung der zur Erörterung stehenden Frage nichts zu entnehmen. Dagegen kommt, da es sich vorliegend um das Wiederkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks handelt, der § 883 des B. G. B. in Betracht, dessen erster Absatz wie folgt lautet:

> Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer

[1]) Vgl. Protokolle Bd. III, S. 766, 767.

> Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig.

Auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung hat man geraume Zeit hindurch eine dingliche Sicherung des Wiederkaufsrechts bei Grundstücken im Wege der Vormerkung ohne jede Einschränkung für möglich erklärt [1]).

Zur Begründung dieser Ansicht begnügte man sich mit dem Hinweise darauf, dass der oben wiedergegebene Absatz 1 des § 883 auch Vormerkungen zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche kenne. Da man sich hierbei in Übereinstimmung befand mit der bei Beratung des Gesetzes getanen Äusserung eines Kommissionsmitgliedes, dass „schon der Entwurf II eine dingliche Sicherung des dem obligatorisch Wiederkaufsberechtigten zustehenden Anspruchs durch die Eintragung einer Vormerkung gestatte“ [2]), so hielt man eine eingehendere Begründung jener Ansicht offenbar nicht für erforderlich.

---

[1]) So z. B. Biermann S. 133; Cosack Bd. I, § 132 Ziffer III, 8 a. E., S. 469 und Bd. II, § 183 Ziffer 2, S. 49; Oertmann, Vorbem. vor § 497, S. 217 Zeile 10; Staudinger Bd. III, Vorbem. vor § 1094 Ziffer IV S. 194; Endemann Bd. I, § 162 Anm. 17 S. 1012; Dernburg, bürg. Recht, Bd. II, 2 § 198 Ziffer VIII S. 102 a. E.; Planck Bd. II, Vorbem. vor § 497 Ziffer 1 a. E. S. 271; Leske § 130 Ziffer VII S. 485; Maenner § 56 Anm. 7 S. 260; Oberneck § 101 Ziffer 2 S. 434; Siebert S. 41 a. E.

[2]) Protokolle Bd. III S. 767 Zeile 6.

§ 3.

Stimmen aus neuerer Zeit und Stellung der Literatur zu der vorliegenden Frage im allgemeinen.

Erst in neuerer Zeit sind Stimmen laut geworden, die es für äusserst bedenklich erklären, eine dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechts im Wege der Vormerkung ohne jede Einschränkung für zulässig zu erachten.

Turnau-Förster war anscheinend der Erste, der auf die hiergegen bestehenden Bedenken aufmerksam machte. Ursprünglich in seiner Ansicht wohl noch etwas schwankend [1]), hat er in der neuesten Auflage seines Werkes über das Liegenschaftsrecht sich mit Entschiedenheit dahin ausgesprochen, dass nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht durch eine Vormerkung geschützt werden könne, dass es dagegen vorher sich nicht in dieser Weise dinglich sichern lasse [2]).

Dieser Ansicht hat sich dann — unter ausführlicherer Begründung — Kretzschmar in seinem Buche „Einführung in das Grundbuchrecht“ angeschlossen [3]).

Die Frage, ob das Wiederkaufsrecht überhaupt einer dinglichen Sicherung fähig ist, wird demnach

---

[1]) Vgl. 1. Aufl. Bd. I Bem. II, 1 § 883 S. 153 Zeile 19 ff. in Verbindung mit Bem. 6 der Übersicht vor § 1094 S. 473.

[2]) 2. Aufl. Bd. I Vorbem. vor § 1094 Ziffer 6 S. 514, 515.

[3]) S. 204 ff., insbes. S. 206 a. E.

in der Literatur durchweg bejaht. Streit herrscht nur darüber, inwieweit es dinglich gesichert werden kann. Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt, wie wir gesehen haben, offenbar an, dass es im vollen Umfange, d. h. vor wie nach seiner Ausübung, dinglich gesichert werden kann, während einige nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht einer solchen Sicherung für fähig erachten.

§ 4.

Die Vertreter der Anschauung, wonach nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht der dinglichen Sicherung fähig ist, und ihre Gründe.

Die Vertreter der Anschauung, wonach nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht der dinglichen Sicherung fähig ist, machen in erster Linie geltend, dass nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Kreis der dinglichen Rechte ein geschlossener sei.

Das Gesetz — so führt Kretzschmar aus — scheide streng zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Vorkaufsrechte, während ein dingliches Wiederkaufsrecht dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt und schon vom Entwurf I entschieden abgelehnt worden sei. Die Zulassung einer Vormerkung würde aber die Möglichkeit einer Verdinglichung auch des Wiederkaufsrechts und somit eine Durchbrechung des Grundsatzes von der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte herbeiführen [1]).

[1]) So Kretzschmar S. 204 Zeile 22 von oben ff.

In ähnlicher Weise äussert sich Turnau-Förster Er führt aus: Nach dem klaren Wortlaut des § 883 des B. G. B. sei die Vormerkung nur zur Sicherung solcher Ansprüche gegeben, welche auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke gingen, sodass also offenbar nur Ansprüche vorgemerkt werden könnten, welche die Bestellung eines der im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten dinglichen Rechte zum Gegenstande hätten [1]).

Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Allerdings ist der Kreis der dinglichen Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein geschlossener. Unrichtig ist es aber, zu behaupten, dass durch die Zulassung einer Vormerkung für das Wiederkaufsrecht der Grundsatz von der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte durchbrochen werde. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn durch die Eintragung einer Vormerkung ein persönliches Recht zu einem dinglichen Rechte umgestaltet würde. Eine solche Umgestaltung des persönlichen Rechts in ein dingliches Recht wird aber durch die Vormerkung nicht bewirkt. Nachdem fast alle Schriftsteller sowie auch die Judikatur und die Motive in diesem Sinne sich geäussert haben [2]), kann man wohl kaum noch von

[1]) Turnau-Förster 2. Aufl. Bd. I. S. 514, Ziffer 6.

[2]) Vgl. Endemann Bd. II § 65 Ziffer 1 S. 250, Ziffer 3 S. 252; Dernburg, bürg. R. Bd. III § 51 Ziffer 4 S. 150 a. E.; Planck Bd. III Nr. 1, 1 Abs. 4 S. 101 a. E.; Neumann Bd. I Anm. IV, 1 zu § 883 S. 580; Strecker S. 114 Zeile 9 ff.; Weigelt S. 83 Zeile 6 ff.; Biermann, Sachen-

einem ernstlichen Streite, der nach dieser Richtung hin bestände, sprechen. Wohl werden bei dem Versuche, die rechtliche Natur der Vormerkung und des vorgemerkten Rechts festzulegen, noch mancherlei feine Unterscheidungen gemacht[1]); auf diese einzugehen besteht aber hier keine Veranlassung, da man trotz dieser Unterschiede sich darüber, wie gesagt, im wesentlichen allmählich einig geworden ist, dass eine direkte „Verdinglichung" des persönlichen Rechts durch die Vormerkung nicht herbeigeführt wird. Nur Fuchs[2]) hält an dieser Anschauung noch fest, und im Anschluss an ihn, jedoch ohne hinreichende Begründung, Boehm sowie Siebert[3]). Auf die Beweisgründe von Fuchs näher einzugehen, dürfte sich erübrigen, da seine Theorie durch Biermann[4]) eine Widerlegung gefunden hat, die so gründlich und erschöpfend ist, dass sich ihr kaum noch etwas hinzufügen lässt.

---

recht, Anm. 2 zu 884 S. 35; Hahn S. 86 Abs. 4; Turnau-Förster 2. Aufl. S. 162 Zeile 31 ff., ferner S. 162 letzter Abs. Zeile 13 von unten ff., sowie auch S. 163 zu c; Oberneck § 48 Ziffer 4 S. 251 a. E. 252 Abs. 2; Maenner § 11 S. 58 Abs. 3; Reichel S. 153 Zeile 5; Priester im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 22 S. 171 Zeile 6 ff.; Kammerger. Entsch. Bd. 21. (Neue Folge Bd. II.) S. A 289; Motive Bd. III, S. 240 Ziffer II Abs. 2.

[1]) Vgl. darüber insbes. Biermann (Widerspruch) S. 167 ff., Othmer § 3 S. 9 ff., Reichel S. 138 ff.

[2]) Bem. zu § 883 S. 114.

[3]) Böhm S. 44 Ziffer III; Siebert S. 41 a. E.

[4]) Biermann (Widerspruch) S. 167 ff.

Dass auch Cosack auf dem von Fuchs vertretenen Standpunkt stehe, ist, wie Biermann[1]) hervorhebt, irrig.

Von einer Erweiterung der Zahl der dinglichen Rechte durch Zulassung der Vormerkung für das Wiederkaufsrecht kann ferner deswegen keine Rede sein, weil das Wiederkaufsrecht, wie unten im § 6 gezeigt werden wird, ein bedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung ist. Was durch die Vormerkung geschützt werden soll, ist der Anspruch auf Einräumung des Eigentums an einem Grundstück, d. h. der Anspruch auf das wesentlichste der dinglichen Rechte. „Der Grundfehler der gegnerischen Ansicht" — so bemerkt Weigelt treffend — „liegt darin, dass sie der Prüfung der Dinglichkeit nicht das vorzubereitende endgültige Recht, sondern den vorbereitenden Anspruch zugrunde legen"[2]).

Demgegenüber wird von Turnau-Förster und Kretzschmar geltend gemacht, dass das Wiederkaufsrecht nicht als bedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung angesehen werden könne. Erst durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts werde der Anspruch auf Eigentumsübertragung erzeugt. Durch den Vorbehalt des Wiederkaufs erwerbe der Berechtigte lediglich das Recht, ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichtetes Rechtsgeschäft

---

[1]) Biermann (Widerspruch) S. 167 Ziffer I Mitte.

[2]) Weigelt S. 59 zu II; vgl. auch Reichel S. 95 Zeile 12 von unten ff.

abzuschliessen, nicht aber schon einen bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung [1]).

Es entsteht demnach die Frage, wie denn eigentlich das Wiederkaufsrecht vor seiner Ausübung rechtlich zu charakterisieren ist, was ein Eingehen auf die juristische Konstruktion des Wiederkaufsrechts überhaupt notwendig macht. Dieser Aufgabe soll der folgende Paragraph gerecht werden.

§ 5.

Juristische Konstruktion des Wiederkaufsrechts.

Schon im gemeinen Rechte herrschte lebhafter Streit darüber, wie das Wiederkaufsrecht juristisch zu konstruieren sei [2]). Da nun das Bürgerliche Gesetzbuch — und zwar, wie die Motive hervorheben [3]), mit Absicht — davon Abstand genommen hat, die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts ein für allemal festzulegen, so besteht jener Streit unverändert fort.

Eine Theorie, die nicht allzu viel Anklang gefunden hat, ist die von Planck vertretene. Er sieht in dem Vorbehalt des Wiederkaufs einen auf Abschluss eines Kaufvertrages gerichteten Vertragsantrag, an den der Käufer für die im § 503 B.G.B.

---

[1]) Turnau-Förster **2.** Aufl. Bd. I S. 514 Zeile 10 von unten; Kretzschmar S. 205 Zeile 12 von oben ff.

[2]) Vgl. hierzu insbes. Schütze a. a. O.

[3]) Motive Bd. II S. 340.

bezeichnete Frist gebunden sei [1]). Mit Recht hat man — abgesehen von den sonstigen Bedenken, die gegen diese Theorie bestehen [2]) darauf hingewiesen, dass eine dreissigjährige Gebundenheit mit dem Wesen der Offerte unvereinbar sei [3]).

Andere sehen in dem Wiederkauf einen Kauf unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Vorschriften des Gesetzes mit dem Rücktrittsrecht nicht in Einklang zu bringen sind, wie eine Vergleichung des § 501 mit dem § 346 des B. G. B. ergibt [4]).

Auch mit dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Theorie unvereinbar. Der § 497 des B. G. B. sagt:

„Der Wiederkauf kommt mit der Erklärung . . . . . zustande".

Durch Geltendmachung eines Rücktrittsrechts kann kein neuer Kauf zustande kommen, sondern nur der alte Kauf zerfallen.

---

[1]) Planck, Bd. II Vorbem. vor § 497 Ziffer 3 a. E. S. 271. Ebenso Hellmann in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. V (3. Folge) S. 227 Abs. 3 und Eck S. 465 Abs. 3 a. E. sowie neuerdings auch Endemann Bd. I S. 1013 Anm. 18.

[2]) Vgl. darüber insbes. Hahn S. 75 sowie auch Siebert S. 24.

[3]) Eneccerus-Lehmann Bd. I, § 252 Ziffer I, 4 S. 551; Oertmann Vorbem. vor § 497 Ziffer 2d S. 217; Staudinger Bd. I, S. 244; Burdorff S. 44 Ziffer 5; Hahn S. 74; Wangemann S. 40 Ziffer IV.

[4]) So Matthiass Bd. I § 110 Ziffer VI A. S. 463; Hahn S. 29 Abs. 5; Siebert S. 20 Abs. 2; vgl. auch Wangenheim S. 18 a. E.

Unbefriedigend ist auch die Ansicht Schollmeyers [1]), wonach in dem Vorbehalt des Wiederkaufs ein „Recht auf Einlösung [2]), also auf Rückforderung des Kaufgegenstandes gegen Zahlung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme“ zu erblicken ist. Der Bemerkung Hahn's, dass mit dieser Theorie für die Rechtsauffassung des Wiederkaufs nichts gewonnen sei [3]), wird man zustimmen müssen. Auch gilt hier dasselbe, was von der Theorie des Rücktrittsrechts zu sagen war, nämlich dass der Wortlaut des Gesetzes sich mit der Theorie nicht in Übereinstimmung bringen lässt [4]).

Noch bedenklicher ist die Anschauung, die den Begriff des „Eingriffsrechts“ [5]) zu Hülfe nimmt. Hiernach ist das Wiederkaufsrecht „das zu Gunsten des Verkäufers vorbehaltene Recht, durch einseitige Erklärung zwischen sich und dem Verpflichteten ein Kaufschuldverhältnis, das die Rückgabe der Sache bezweckt, hervorzurufen“ [6]). Es ist nicht recht

---

[1]) Schollmeyer S. 23.

[2]) Der Ausdruck ist dem österreichischen allgemeinen Bürgerl. Gesetzbuche entlehnt, das in § 1068 das Wiederkaufsrecht als „das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen“ bezeichnet.

[3]) Hahn S. 31 a. E.; vgl. auch Eccius (S. 888 Abs. 1 a. E.), der sich in ähnlichem Sinne wie Hahn äussert.

[4]) So auch Eck Bd. I S. 465 Abs. 3 und Wangemann S. 40 Ziffer II a. E.

[5]) Burdorff S 44 Anm. 9 in Verbindung mit S. 39 Anm. 1.

[6]) Burdorff S. 44 a. E.

einzusehen, wie eine einseitige Erklärung, wenn sie sich nicht als Annahme eines Vertragsantrages darstellt, imstande sein soll, ein Kaufschuldverhältnis hervorzurufen. Von dem Vorhandensein einer vorangegangenen Offerte sieht aber jene Anschauung ab. Da sie indessen ohne dieselbe doch nicht recht auskommen kann, so wählt sie lediglich eine andere Bezeichnung und spricht von einer „einseitigen (der des Offerenten nur ähnlichen, nicht gleichen) Gebundenheit" und — unter Berufung auf Treitschke — von einem „einseitigen Kaufe" [1]). Mit dem Begriffe des einseitigen Kaufes kommt man aber nicht weiter, wie denn überhaupt diese ganze Konstruktion eine äusserst gekünstelte ist: Offerte und doch wieder nicht Offerte, Kauf und doch wieder nicht Kauf! Ein einseitiger Kauf ist eben in Wirklichkeit kein Kauf. Darüber kann wohl kaum irgend welcher Zweifel bestehen.

Was nun weiterhin die Auffassung anlangt, nach der in dem Wiederkaufsvorbehalt ein Vorvertrag (pactum de contrahendo) zu erblicken ist [2]), so steht ihr entgegen, dass laut § 497 des B. G. B. nach Abschluss des Vorbehaltsvertrages ein neues Kaufgeschäft tatsächlich nicht geschlossen wird, dass vielmehr mit der einseitigen Erklärung der Wiederkauf zustande kommt. Diese Thorie ist

---

[1]) Burdorff S. 38 Ziffer 6 Abs. 1 ff.

[2]) So z. B. Schütze S. 93 Abs. 2.

daher mit Recht von der Mehrzahl der Schriftsteller abgelehnt worden [1]).

Endlich ist die Theorie aufgestellt worden, dass der Wiederkaufsvorbehalt ein aufschiebend bedingter Rückkauf sei, nämlich bedingt durch die Abgabe der Wiederkaufserklärung seitens des Verkäufers [2]).

Gegen diese Theorie lässt sich zunächst nicht — wie es z. B. Siebert tut [3]) — geltend machen, dass sie von der Möglichkeit einer auf den blossen Willen des Berechtigten gestellten Bedingung ausgeht. Dass derartige Bedingungen im heutigen Recht jedenfalls zulässig sind, beweist der Umstand, dass das Bürgerliche Gesetzbuch den Kauf auf Probe kennt [4]).

Auch die Bestimmung des § 498 Abs. 2 des

---

[1]) Vgl. Matthiass Bd. I § 110 S. 463; Oertmann Vorbem. vor § 497 Ziffer 2a; Stammler S. 13; Schollmeyer S. 23; Eneccerus-Lehmann Bd. I § 252 Ziffer I, 2 S. 550; Endemann Bd. I S. 1013 Anm. 18 Abs. 1 a. E.; Hahn S. 26 ff.; Wangemann S. 40 Ziffer I. So auch schon — mit Bezug auf den Entwurf — Bernhöft § 6 Ziffer 4 S. 57 a. E., 58.

[2]) So Eneccerus-Lehmann Bd. I § 252 Ziffer I, 5 S. 551; Matthiass Bd. I § 110 S. 463; Hahn S. 32 a. E.; Wangenheim S. 22 (25); Wangemann S. 40 a. E.

[3]) Siebert S. 23 Abs. 1 a. E.

[4]) Vgl. hierüber im einzelnen die treffenden Ausführungen bei Hahn S. 34 ff.

B. G. B. [1]), wonach — abweichend von dem sonst herrschenden Grundsatz [2]) — der Wiederkaufsberechtigte wegen zufälliger Verschlechterung des Kaufgegenstandes keine Preisminderung verlangen kann, steht der Annahme eines suspensiv bedingten Kaufes keineswegs entgegen. Es handelt sich hier offenbar um eine Sonderbestimmung, die darin ihre Rechtfertigung und Erklärung findet, dass beim Wiederkauf die Bedingung auf den blossen Willen des Berechtigten gestellt ist. Dieser Umstand ermöglicht es dem Wiederkäufer, sich gegen eine zufällige Verschlechterung des Kaufgegenstandes dadurch zu schützen, dass er von der Ausübung des Wiederkaufsrechts Abstand nimmt [3]).

Abgesehen von den vorerwähnten beiden Bedenken, die sich, wie wir gesehen haben, ohne Schwierigkeit beseitigen lassen, gibt es nichts, was gegen die Richtigkeit der in Rede stehenden Auffassung spräche. So lässt sich diese Theorie, wenn

---

[1]) Satz 2 Abs. 2 des genannten Paragraphen lautet:
„Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen."

[2]) Der allgemeine Grundsatz ist enthalten in § 328 Abs. 1 des BGB.

[3]) So Enecccerus-Lehmann Bd. I § 252 Ziffer IV, 1 a. E. S. 552; Wangenheim S. 20; Wangemann S. 41; vgl. auch Oertmann Vorbem. vor § 497 zu e Abs. 2 S. 217; Eccius a. a. O. S. 888.

man die Worte nicht in einen Schraubstock spannt, vor allem sehr wohl auch mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen [1]).

Der § 497 B. G. B. sagt:

„Der Wiederkauf kommt mit der Erklärung des Verkäufers . . . . . zustande".

Damit ist nun nicht gemeint und kann nicht gemeint sein, dass das Rechtsgeschäft des Wiederkaufes selbst erst in diesem Augenblick zur Entstehung gelangt, sondern es soll damit gesagt werden, dass von jetzt ab die Wirkungen des Rechtsgeschäftes eintreten. Der Rückkaufvertrag ist bereits im Anschluss an den Urkauf geschlossen. Mit Abgabe der Wiederkaufserklärung erfüllt sich die aufschiebende Bedingung, und damit treten die Wirkungen des früher geschlossenen Wiederkaufvertrages ein. Nur so wird es verständlich, dass die einseitige Erklärung einen Kauf zustande bringt. Dies ist eben, wenn man nicht etwa in ihr die Annahme eines vorangegangenen Antrages erblickt, was aus den oben erwähnten Gründen abgelehnt werden musste, nur möglich, wenn der Kaufvertrag selbst bereits früher geschlossen ist; denn andernfalls würde zum Zustandekommen des Wiederkaufes die einseitige Erklärung nicht ausreichen, sondern eine Mitwirkung der Gegenpartei erforderlich sein [2]).

Aus dieser Auffassung des Wiederkaufsrechts

---

[1]) Dies leugnet Schütze S. 92 Abs. 2.

[2]) Ebenso Hahn S. 64.

als eines suspensiv bedingten Kaufgeschäfts ergibt sich die Anwendbarkeit des § 158 B. G. B., der ausdrücklich besagt, dass die Wirkung des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt der Bedingung abhängt. Dass nun etwa diese „Wirkung" identisch sei mit der „Existenz" des Rechtsgeschäfts — wie Hölder behauptet [1]) — wird man kaum annehmen dürfen. Wäre das Rechtsgeschäft überhaupt noch nicht „existent", so könnte es auch keine Wirkungen äussern. So sagt denn auch Endemann: „Die Rechtswirkung entsteht, nicht das Rechtsgeschäft selbst; denn dessen Bestand findet bereits in der Zwischenzeit Anerkennung" [2]).

Jeder Zweifel aber, der nach dieser Richtung hin noch bestehen könnte, wird m. E. durch den Wortlaut des Gesetzes im § 495 beseitigt. Es handelt sich daselbst um den Kauf auf Probe, dem das Gesetz selbst ausdrücklich den Charakter eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts beilegt. Dort heisst es wörtlich:

> „Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen".

Das Gesetz sieht also den Kauf als einen bereits geschlossenen an. Dies veranlasst Dernburg zu der Bemerkung:

> „Die spätere Billigung des Kaufes ist nicht der Vertragsschluss, vielmehr Bedingung des

[1]) Hölder, Anm. 1 zu § 158 S. 349.

[2]) Endemann Bd. I § 78 Anm. 5 a. E. S. 386.

Vertrages, eine einseitige Erklärung, nicht an die Annahme seitens des Verkäufers gebunden, nicht, was bei Grundstücksverkäufen wichtig ist, von der Form des Kaufes abhängig. Dies alles wäre anders, wenn der Vertrag noch nicht vorhanden wäre und erst durch die Erklärung der Billigung zustande käme“ [1]).

Was Dernburg hier vom Kauf auf Probe sagt, gilt für jedes aufschiebend bedingte zweiseitige Rechtsgeschäft: Durch den Eintritt der Bedingung kommt das Rechtsgeschäft nicht zustande, sondern zur vollen rechtlichen Wirkung oder — wie man vielleicht am besten sagt — zur „Vollendung“ [2]).

Diese allgemeine Regel auf den Wiederkauf angewandt, führt zu dem bereits oben angedeuteten Ergebnis, dass der Wiederkaufsvertrag bereits vor Abgabe der Wiederkaufserklärung zustande gekommen ist, und dass diese Erklärung ihn nur zur Vollendung bringt. Stammler gibt diesem Gedanken mit folgenden Worten Ausdruck:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch ..... konstruiert die Sachlage dahin, dass der eigentliche Vertrag schon zustande gekommen sei und

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, 2 § 193 Ziffer I Abs. 2 S. 81; vgl. auch Bd. II, 1 § 2 Ziffer III, 2 Abs. 1 a. E. S. 6.

[2]) Diesen Ausdruck gebraucht z. B. Endemann Bd. I § 162 Ziffer 2 S. 1011 Zeile 6, ferner Matthiass Bd. I § 110 Ziffer V D S. 462; vgl. auch Fischer-Henle Anm. 3 zu § 497.

durch einseitige Erklärung des Wiederkaufsberechtigten dahin ausgeführt werde, dass die Verpflichtung des Gegners nunmehr fällig werde“ [1]).

Der Umstand, dass der § 497 des B. G. B. von einem „Vorbehalt“ des Wiederkaufsrechts spricht, worauf Scherer besonders Gewicht legt [2]), hindert nicht, das Wiederkaufsgeschäft als bereits zustande gekommen anzusehen. Was im Sinne des Gesetzes „vorbehalten“ wird, ist eben nicht das Recht, später das Wiederkaufsgeschäft abzuschliessen, sondern das Recht, das abgeschlossene Kaufgeschäft durch einseitige Willenserklärung zur Vollendung, d. h. zur vollen rechtlichen Wirksamkeit zu bringen.

§ 6.

Besteht vor Ausübung des Wiederkaufsrechts ein bedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung?

Die vorstehenden Erörterungen dienten dem Zwecke, festzustellen, wie das Wiederkaufsrecht vor seiner Ausübung rechtlich zu charakterisieren sei. Nachdem nunmehr seine Eigenschaft als bedingt abgeschlossenes Kaufgeschäft für festgestellt erachtet werden kann, wird sich die Unhaltbarkeit der Ansicht, wonach vor Ausübung des Wiederkaufsrechts kein bedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung bestehen soll, unschwer nachweisen lassen.

[1]) Stammler S. 13.

[2]) Scherer Bd. II Anm. 1 zu § 497 S. 601.

Zu diesem Zwecke bedarf es zunächst einer Erörterung der Frage, was das Bürgerliche Gesetzbuch unter „Anspruch“ versteht. Die Antwort ist im Gesetze selbst enthalten. Der § 194 definiert den „Anspruch“ als

„das Recht von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“.

Ob die Bezeichnung dieses Rechts als Anspruch zutreffend ist, oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben [1]). Für den vorliegenden Fall interessiert nur die Frage, wann und wodurch ein Anspruch im Sinne des § 194 B. G. B. entsteht. Die Antwort muss verschieden lauten, je nachdem das zugrunde liegende Recht ein sogen. absolutes Recht (z. B. das Eigentum), oder ein sogen. relatives Recht (z. B. ein Forderungsrecht) ist. Beim absoluten Recht entsteht ein Anspruch, wenn es beeinträchtigt wird, während beim relativen Rechte, insbesondere also bei den obligatorischen Rechten der Begriff des Anspruchs mit dem des Rechtes zusammenfällt. Nach der jetzt wohl als herrschend anzusehenden Meinung ist daher der Anspruch vorhanden, sobald die Forderung endgültig begründet ist [2]).

---

[1]) Vgl. über diese Frage Planck Bd. I. Vorbem. Ziffer VII S. 48.

[2]) So Planck, Bd. I Vorbem. S. 48 Abs. 3 Zeile 7; Endemann Bd. I § 86 Ziffer 3 S. 453; Matthiass Bd. I § 17 Ziffer III B, S. 59; Windscheid-Kipp Bd. I § 43 S. 160; Eneccerus-Lehmann Bd. I § 124 Ziffer IV S. 283; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 194; Hellwig § 5

Von der endgültigen Begründung einer Forderung kann natürlich keine Rede sein, wenn dem die Forderung begründeten Rechtsgeschäfte eine aufschiebende Bedingung beigefügt ist. Wohl ist auch in einem solchen Falle schon die Forderung begründet, da ja das Rechtsgeschäft selbst — wie wir oben gesehen haben — bereits existent ist. Da aber die Bedingung noch schwebt, so ist die Forderung nur eine bedingt begründete, der Anspruch nur ein bedingter Anspruch [1]). Mit Eintritt der Bedingung wird aus der bedingten Forderung eine unbedingte, aus dem bedingten Anspruch ein unbedingter.

Dass die Begriffe der bedingten Forderung und des bedingten Anspruchs dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht fremd sind, darauf weist Windscheid mit folgenden Worten hin:

„Da das Gesetz die Möglichkeit kennt, dass jemand unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist (§ 160 Abs. 1), da es ferner bedingte Forderungen kennt (765, 1113, 1204, 1209), so wird es keinem Bedenken unterliegen können, dem Bürgerlichen Gesetzbuche auch den Begriff des bedingten Anspruchs zuzuschreiben“ [2]).

Derselben Anschauung gibt Hellwig Ausdruck indem er sagt: „Wenn das Bürgerliche Gesetz-

Ziffer I, 1 S. 39; Eck Bd. 1 § 44 S. 204 Zeile 1 und 2; Gareis Anm. 1a zu § 194 S. 229.

[1]) Hellwig § 5 Anm. 4 S. 39.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. I § 43 S. 159.

buch . . . . . von bedingten und betagten Verbindlichkeiten spricht, so sind wir berechtigt in seinem Sinne auch von bedingten Ansprüchen oder Forderungen zu reden“ [1]).

Die Vertreter der Anschauung, nach welcher nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht im Wege der Vormerkung sicherungsfähig sein soll, gehen offenbar von der oben erörterten Theorie aus, wonach in dem Vorbehalt des Wiederkaufs nur ein Vorvertrag, gerichtet auf Abschluss eines neuen Kaufgeschäftes, zu erblicken ist.

Was Turnau-Förster anlangt, so kann dies kaum zweifelhaft sein; denn er sagt wörtlich: „Durch den Vorbehalt des Wiederkaufs erwirkt der Berechtigte lediglich das Recht, ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichtetes Rechtsgeschäft abzuschliessen“ [2]).

Aber auch Kretzschmar dürfte auf dem Standpunkte der Vorvertragstheorie stehen; denn er spricht von einem „obligatorischen Recht zum . . . . Wiederkaufe“ [3]) und sagt im Anschluss daran, dass die Vormerkung „nur zur Sicherung von Ansprüchen, nicht aber von Rechten gegeben sei“ [4]).

Nur vom Standpunkte der Vorvertragstheorie aus kann man zu dem Resultate gelangen, dass

[1]) Hellwig § 1 Ziffer III, 2 S. 7.

[2]) Turnau-Förster **2.** Aufl. Bd. I S. 514 Zeile 7 von unten.

[3]) Kretzschmar S. 207 Zeile 7 von oben.

[4]) Kretzschmar S. 207 Zeile 12 und 13 von oben

durch den Wiederkaufsvorbehalt ein Recht auf Abschluss eines Kaufgeschäftes begründet werde. Von diesem Standpunkt aus fehlt es natürlich auch an einem bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung, da ja ein hierauf gerichtetes bedingt abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach dieser Theorie überhaupt nicht vorliegt, der fragliche Vorvertrag vielmehr zweifellos ein unbedingtes Rechtsgeschäft ist. Eine andere Frage ist die, ob man das „Recht" auf Abschluss eines Kaufgeschäftes nicht ebenso gut als einen „Anspruch" auf Abschluss eines Kaufgeschäftes bezeichnen könnte, wie dies z. B. Hahn tut, indem er sagt, der Vereinbarung entspringe nach der Vorvertragstheorie ein „Anspruch, d. h. die Befugnis, den Käufer auf Abschluss des . . . . . Wiederkaufsvertrages anzusprechen [1])". Es kann dahingestellt bleiben, ob die eine, oder ob die andere Bezeichnung zutreffender ist; denn soviel steht jedenfalls fest, dass ein Anspruch auf Abschluss eines Grundstückskaufgeschäftes nicht identisch ist mit dem Anspruch auf Eigentumsübertragung, mit anderen Worten, dass der aus dem Abschluss eines Vorvertrages sich ergebende Anspruch kein Anspruch im Sinne des § 883 B. G. B. ist. Bleibt es somit auch zweifelhaft, ob Kretzschmar [2]) das Richtige trifft, wenn er sagt, der Vorbehalt des Wiederkaufes begründe nur ein Recht, keinen Anspruch, so hat

[1]) Hahn S. 73 Abs. 4.

[2]) Kretzschmar S. 205 Abs. 2 a. E. in Verbindung mit S. 207 Abs. 2 a. E.

er doch — vom Standpunkt der Vorvertragstheorie aus — jedenfalls Recht, wenn er das nicht ausgeübte Wiederkaufsrecht für nicht im Wege der Vormerkung sicherungsfähig erklärt.

Ganz anders aber gestaltet sich — wie oben gezeigt worden ist — das Ergebnis, wenn man in dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechts ein suspensiv bedingtes Kaufgeschäft sieht. Von diesem Standpunkt aus muss man notwendig dahin gelangen, einen bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung für vorliegend und somit auch das nicht ausgeübte Wiederkaufsrecht gemäss § 883 B. G. B. für sicherungsfähig zu erachten.

§ 7.

Begründet der Wiederkaufsvorbehalt für beide Vertragsteile oder nur für den einen Teil rechtliche Verpflichtungen?

Die Gründe, die uns dazu führten, in der Einräumung des Wiederkaufsrechts ein bedingtes Kaufgeschäft zu erblicken, sind oben dargetan worden. Bei dieser Gelegenheit wurden auch die Angriffspunkte der Gegner einer Kritik unterzogen. Nur einer der gegnerischen Gründe musste dort übergangen werden, weil ein Eingehen auf ihn erst nach erfolgter Erörterung des Charakters des bedingten Rechtsgeschäfts zweckmässig erschien. Der fragliche Angriff besteht in dem Hinweise darauf, dass vom Abschluss eines bedingten Kaufvertrages beim Vor- und Wiederkaufsrechte schon deswegen keine Rede

sein könne, weil durch den Vorbehaltsvertrag nur für den einen Teil eine Verpflichtung hervorgebracht werde, während für den anderen Kontrahenten vor Ausübung des fraglichen Rechts überhaupt keine Verpflichtung, sondern nur ein Recht erwachse [1]).

Kretzschmar sieht daher in dem Vorbehaltsvertrag lediglich die vertragsmässige Begründung einer Verfügungsbeschränkung gemäss § 137 B. G. B., wiewohl er einen gegenseitigen Vertrag für vorliegend erachtet [2]). Das ist zunächst m. E. ein Widerspruch. Ein Vertrag, bei dem nur für einen Kontrahenten eine Verpflichtung entsteht, ist niemals ein gegenseitiger. Von einer diesbezüglichen „Besonderheit" beim Wiederkaufsrecht wird man kaum reden dürfen. Derartige Besonderheiten schafft das Gesetz sicherlich nicht; denn es würde damit juristische Grundbegriffe geradezu auf den Kopf stellen. Immer müssen bei einem gegenseitigen Vertrage vom Augenblick des Vertragsschlusses an für beide Teile nicht bloss Berechtigungen, sondern auch Verpflichtungen entstehen. Eine solche Verpflichtung ist dann auch beim Wiederkauf schon vor Abgabe der Wiederkaufserklärung nicht nur auf seiten des Wiederverkäufers, sondern auch auf seiten des Wiederkäufers vorhanden, sie ist nur — entsprechend der Natur des Wiederkaufs als eines bedingt geschlossenen Kaufgeschäfts — so lange die

[1]) So Turnau-Förster 2. Aufl. Bd. I § 1094 Anm. 4 Abs. 2 S. 516 und Kretzschmar S. 206 Abs. 1.

[2]) Kretzschmar S. 206 Abs. 1 Zeile 10 ff. u. Zeile 8

Bedingung schwebt, also vor Abgabe der Wiederkaufserklärung eine bedingte. Man könnte nun vielleicht einwenden, dass man auch nicht einmal von einer bedingten Verpflichtung auf seiten des Wiederkäufers reden könne, weil der Eintritt der Bedingung nicht von einem ungewissen Ereignis, sondern lediglich vom freien Willen des Wiederkäufers abhängig sei. Dieser Einwand ist aber unberechtigt; denn es ist — wie Dernburg treffend bemerkt — „keineswegs ausgeschlossen, dass die Absicht des Erklärenden dahin geht, schon jetzt für den Fall eine Verbindlichkeit zu übernehmen, dass man sich künftig hierfür entscheiden werde [1])". Als Beispiel führt Dernburg den Kauf auf Probe an. Er fährt dann fort: „Das hierbei zugrunde liegende Prinzip ist für gleichgeartete Fälle zu verwerten [2])". Ein solcher gleichgearteter Fall ist — wie bereits dargetan — der Wiederkauf. Die Besonderheit beim Wiederkauf, von der Kretzschmar spricht, besteht also nicht.

Eine Besonderheit kann man höchstens darin erblicken, dass das Bürgerliche Gesetzbuch bedingte gegenseitige Verträge kennt, bei denen zwar für beide Teile sofort bedingte Verpflichtungen entstehen, bei denen aber diese Verpflichtungen nicht ganz gleich geartet sind, insofern als der eine Vertrag-

[1]) Dernburg, bürgerl. Recht Bd. I § 152, Ziffer 3 Abs. 4 S. 452.

[2]) Dernburg, bürgerl. Recht Bd. I § 152 Ziffer 3 Abs. 4 letzter Satz.

schliessende sozusagen Herr seiner Verpflichtung ist, während die Verpflichtung des anderen Teils in keiner Weise vom eigenen Willen des Verpflichteten abhängig ist. Diese Besonderheit, die vom Gesetz durch Zulassung von Geschäften wie der Kauf auf Probe und der Wiederkauf geschaffen ist, mag — wie Dernburg sagt — „logische Bedenken" erregen, sie ist aber andererseits dadurch gerechtfertigt, dass „der Verkehr solcher Geschäfte bedarf und sie haben will" [1]).

Zur Unterstützung der vorstehenden Ausführungen kann noch eine Stelle bei Hahn dienen, der sich folgendermassen äussert: „Bereits vor Eintritt der Bedingung durch Abgabe der Wiederkaufserklärung entstehen auf seiten des Käufers wie des Verkäufers gewisse Berechtigungen und Verpflichtungen mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Wirksamwerdens des Wiederkaufvertrages" [2]).

Auch der letzte gegen den Charakter des Wiederkaufs als eines bedingten Kaufgeschäftes gerichtete gegnerische Angriff dürfte somit hinfällig sein. Steht aber diese Eigenschaft des Wiederkaufsrechts, die ihm übrigens auch das preussische Allgemeine Landrecht beilegte [3]), ausser Zweifel, so ist damit auch die in der vorliegenden Arbeit vertretene Ansicht gerechtfertigt, dass auch das nicht ausgeübte Wieder-

[1]) Dernburg, bürgerl. Recht Bd. II 2 § 193 Ziffer 1 Abs. 2 S. 81.

[2]) Hahn S. 72 Abs. 2 a. E.

[3]) A. L. R. § 311, I, 11 in Verbindung mit § 264, I, 11.

kaufsrecht im Wege der Vormerkung sicherungsfähig sei.

Zu dieser wohl auch schon früher vertretenen, aber nicht genügend begründeten Anschauung haben sich denn auch neuerdings unter ausdrücklichem Hinweise auf den Charakter des Wiederkaufsrechts als eines bedingten Anspruchs auf Eigentumsübertragung mehrere Autoren, nämlich Fuchs [1]), Hahn [2]) und Weigelt [3]) bekannt.

§ 8.

Darf man aus der Beibehaltung des dinglichen Vorkaufsrechts als einer besonderen Form der Grundstücksbelastung auf die Unmöglichkeit einer Sicherung des Vor- und Wiederkaufsrechts im Wege der Vormerkung schliessen?

Nur ein von den Vertretern der Ansicht, nach welcher nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht sicherungsfähig ist, hervorgehobener Gesichtspunkt bedarf noch einer Erörterung. Es wird nämlich von ihnen darauf hingewiesen, dass, wenn das Wiederkaufsrecht durch Eintragung einer Vormerkung verdinglicht werden könnte, dies auch für das obligatorische Vorkaufsrecht möglich sein müsste, dass dann aber der vom dinglichen Vorkaufsrechte handelnde Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuchs überflüssig

[1]) Fuchs § 883 Note II, 5, bb S. 109.

[2]) Hahn S. 58 Zeile 10 ff.

[3]) Weigelt S. 59 Zeile 13 ff.

wäre; denn das dingliche Vorkaufsrecht habe die Wirkung einer Vormerkung, und wenn das obligatorische Vorkaufsrecht vorgemerkt werden könne, dann würde es dadurch ebenso dinglich werden wie das dingliche Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ein Erfolg, der vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt sein könne [1]).

Darauf ist folgendes zu erwidern:

Gewiss ist, sobald man das Wiederkaufsrecht für vormerkungsfähig hält, auch dem obligatorischen Vorkaufsrecht wegen der offensichtlichen Gleichheit der juristischen Natur der beiden Rechte diese Fähigkeit zuzusprechen. Dass durch Zulassung der Vormerkung keine „Verdinglichung" der fraglichen Rechte herbeigeführt wird, davon ist bereits früher [2]) die Rede gewesen. Daraus ergibt sich, dass doch immer noch ein gewisser Unterschied besteht zwischen dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrecht und dem dinglichen Vorkaufsrechte der §§ 1094 ff. des B. G. B. Zugegeben muss freilich werden, dass die Wirkungen des im Wege des § 883 B. G. B. gesicherten obligatorischen Rechts im wesentlichen dieselben sind wie die beim dinglichen Vorkaufsrechte [3]). Diese Tatsache kann aber nicht dahin führen, dem obligatorischen Vorkaufsrecht den Schutz der Vormerkung zu ver-

[1]) So Turnau-Förster **2.** Aufl. Vorbem. vor § 1094 Ziffer 6 S. 514 a. E. 515 und Kretzschmar S. 204 a. E. 205.

[2]) oben im § 4.

[3]) Vgl. Weigelt S. 57 Zeile 10 von unten ff.

sagen. Wenn Kretzschmar meint, es liesse sich im Hinblick auf die Gleichheit der Wirkungen nicht verstehen, warum das Gesetz, wenn es eine Vormerkung für möglich hielt, daneben noch das dingliche Vorkaufsrecht als besondere Form der Grundstücksbelastung beibehielt [1]), so ist dem entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber sehr wohl die Absicht gehabt haben kann, zwei Wege zur Erreichung eines und desselben Zieles zu eröffnen. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass man bei Abfassung des § 1098 Abs. 2 B. G. B. sich nicht bewusst gewesen ist, dass durch diese Bestimmung das dingliche Vorkaufsrecht in seinen Wirkungen dem vorgemerkten obligatorischen Vorkaufsrechte fast gleichgestellt werde.

Mag nun das eine, mag das andere zutreffen, jedenfalls besteht kein hinreichender Grund, aus dem Beibehalten des dinglichen Vorkaufsrechts als einer besonderen Form der Grundstücksbelastung auf die Unmöglichkeit einer Sicherung des Vorkaufs- und somit weiterhin auch des Wiederkaufsrechts im Wege der Vormerkung zu schliessen.

§ 9.

Gesamtergebnis und Schlusswort.

Fassen wir nunmehr das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen zusammen, so gelangen wir zu dem Satze:

Eine dingliche Sicherung des persönlichen

[1]) Kretzschmar S. 205 Zeile 4 ff.

Wiederkaufsrechts in Ansehung eines Grundstücks ist nach § 883 B. G. B. Abs. 1 Satz 2 durch Eintragung einer Vormerkung in Abteilung II des Grundbuches möglich, und zwar kann nicht nur das ausgeübte, sondern auch das noch nicht ausgeübte Wiederkaufsrecht auf diesem Wege dinglich gesichert werden.

Einen Vorzug hat dieses Ergebnis sicherlich, nämlich den, dass man mit ihm einem praktischen Bedürfnisse gerecht wird. Wenn man bedenkt, dass Grundstücksverkäufe sehr oft erfolgen, weil der Verkäufer sich in Geldnot befindet, und wenn man sich weiter vergegenwärtigt, mit welcher ausserordentlichen Schnelligkeit heutzutage der Eigentumswechsel an Grundstücken sich vollzieht, so ergibt sich die Notwendigkeit, ein Mittel zu schaffen, durch welches dem ausbedungenen Wiederkaufsrechte alsbald Wirkung gegen Dritte verliehen wird; denn andernfalls würde ein solches Wiederkaufsrecht illusorisch sein. Damit, dass man dem Verkäufer die Möglichkeit gibt, nach Ausübung des Wiederkaufsrechts sich dinglich zu sichern, ist dem Verkäufer wenig gedient; denn, ist er erst einmal wieder zu Gelde gekommen, so eröffnen sich ihm mancherlei Wege, auf denen er wieder in den Besitz seines Grundstücks gelangen kann. Solange aber die Geldnot fortdauert, und er daher ausserstande ist, das Wiederkaufsrecht auszuüben, so lange hat der Verkäufer ein dringendes Interesse daran, dass sein Wiederkaufsrecht ihm erhalten bleibe.

Diesem wirtschaftlichen Interesse trägt die in der vorliegenden Arbeit vertretene Anschauung zugleich Rechnung, und auch aus diesem Grunde dürfte sie den Vorzug verdienen vor der Ansicht, nach der nur das ausgeübte Wiederkaufsrecht der dinglichen Sicherung fähig sein soll; denn so unzulässig es auch erscheinen muss, dem Gesetze Gewalt anzutun, um auf diese Weise ein Bedürfnis des praktischen Lebens berücksichtigen zu können, ebenso erlaubt und angebracht dürfte es sein, da, wo es ohne solchen Zwang möglich ist, das Gesetz dem Leben anzupassen. Dieser Aufgabe hofft der Verfasser der vorliegenden Arbeit jedenfalls gerecht geworden zu sein.